

ADICIONES AL INFORME, POR DON ANDRES DE VEGA Y OIEDA, Y DON FRANCISCO PONCE DE Leon, sucessores en los bienes de Doña Isabel de Vega y Funes, y sus hijas, en el pleyto CON LOS HIjOS, Y HEREDEROS DEL Contador Bartolome Gallego de Herrera.

1 
OR parte de los dichos don Andres de Vega y Ojeda, y don Francisco Ponce de Leõ se à satisfecho tan bastantemente a las excepciones que de parte de los reos en esta causa se intentan inducir, que juzgara no aver dexado campo a nueva duda, a no hallarla en la sentencia que en vista, en contra de los dichos actores está pronunciada. Y asi se suplica por parte de los dichos a v. m. se sirva de rebocarla por todos los fundametos q̃ enel memorial a favor desta justicia se motivaron, pues dellos se deduce lo bien probada que tienen su accion los actores, y ser las excepciones q̃ se les procuran oponer no legitimas. Y por juzgar si aun ay alguna duda en quatro excepciones con quienes mas principalmente se procuran valer los reos satisfare mas por estenso a cada una en particular.

PRIMERA EXCEPCION.

2 ES la primera, el dezir no aver aqui precedido las citaciones necessarias, que de parte de los actores se deviero hazer para poder intentar la accion de eviccion cōtra los dichos reos, como herederos de Bartolome Gallegos de Herrera, fiador en la venta de bienes que hizo Anton Diaz del Pino; diziendo, que si algunas se hizieron fueron a menores, y que assi no an de ser de algū efecto, y que la que se hizo a don Alonso de Figueroa, como marido, y conjunta persona de doña Ana Gallego de Herrera, fue ninguna, porq̄ se devio hazer a la dicha su muger tambien para q̄ le parasse perjuyzio. Todo lo qual se deshaze cō la verdad del hecho, pues a pedimiēto de doña Isabel de Vega, q̄ entonces posseya estos bienes, y con quiē sobre dezir de nulidad de la venta dellos, traia pleyto Anton Diaz del Pino, se despachó provision para notificar a Bartolome Gallegos de Herrera, para que saliesse al dicho pleyto, y se le notificó en veinte y siete de Noviembre de mil y seiscientos y veinte y siete, como está en el memorial num. 24. Y ademas desto, en todos casos a sus herederos se les hizieron otros requerimientos, y al dicho don Alonso de Figueroa, y a su muger en persona, como està bastantemente calificado en el memorial, y se refiere en la alegacion que por esta parte se à hecho.

3 Ademas, que quando la dicha citacion no se uviera hecho a la dicha doña Ana, bastò la que se hizo al dicho don Alonso su marido, como lo prueba expressamente text. in leg. doce ancillam, 6. C. de rei vind. ubi dotalis ancilla fuit ab uxore titij vindicata. Y el dicho Ticio alegando que la dicha esclava era dotal, y q̄ assi era el señor della, por lo qual no se pudo hazer juyzio con su muger, y dize el texto, *doce ancillam, de qua suplicas, dotalem fuisse in notione præsidis, quo pate facto dubium non erit vindicari ab uxore tua nequiuisse*. Es para el caso mas expressa la sentēcia de Vlpiano in leg. aut aliter, 5. ff. quod vi, aut. clam. ubi in §. sed & servius. *Sed & servius*, inquit I. C. *recte ait sufficere faminæ viro notum facere*. Y ademas de ser decision tan expressa, que en los bienes de la muger la citacion hecha a su marido baste, es doctrina mas cierta y comunmente recebida, quam tenent Alberic. Bald. & Salicet. in dict. leg. doce ancillam, Iasso in leg. maritus, n. 1. C. de procurat. Castillo in leg. 45. Tauri n. 44. Antonio Gomez in leg. 40. n 73. Quesada, diversarum quæst. cap. 14. n. 22. a quienes siguen Parladorio lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. part. §. 9 num. 23. Y en terminos a nuestro

desta sentencia injusta no puede nacer accion de eviction, como caso fortuito ad quem non tenetur venditor. Por cuya causa es decision expressa, que en tal caso se niegue la accion de eviction, ex leg. si quis per imprudentiam 51. ff. de eviction. leg emptor 8. leg si non iniuria 15. C. eodem tit. cum similibus.

10 Para lo qual se advierte no hablar la decision de los referidos textos en nuestro caso, sino en caso que se intentò la accion de eviccion contra el vendedor que no tuvo culpa en la sentencia; mas en nuestro caso, quien litigò fue el mismo vendedor, y deshizo la venta por un caso a que se obligaron los fiadores por estas palabras, *ni se ira, ni vendra contra ello por ninguna causa, ni razon, aunque se alegue y diga, que con otorgarlo redimian la vexacion, e molestia de su prision, &c.* Y por essa misma causa dimanò el daño a los compradores, pues se dixo contra la venta por la misma causa, y por ella misma se deshizo; y asi como obligados al primer caso, scilicet, que no se diria contra ella estanlo juntamente a los efectos que del averse dicho an resultado.

11 No sé si es muy de escuelas la ponderacion que para este caso hago a la l. Iulianus 17. ff. de rei vind. ubi: Vn esclavo que era de Mevio compré de Titio, pidiomelo Mevio, y pedido, vendilo a otro, el comprador matòlo, *æquum esse*, dize el I. C. *me prætium Mævio restituere*, donde Cujac. sub lib. 6. digestorum Salvi Iuliani to. 1. *duplex igitur damnum possessor facit, nam & prætium amittit quod numeravit venditori suo, & prætium quod accepit ab emptore suo restituit petitori; imo & amplius quam accepit si vilioris vendiderit.* Y porque todo esto ? claramente consta, porque estava obligado a re[...]
por esta obligacion se vio obligado a todos aq[...]
de no restituillo se siguiessen. Estava pues ob[...]
tolome Gallego de Herrera, a que no se d[...]
cha escritura por causa de su prision d[...]
gado a todos aquellos daños, que[...]
contra la dicha escritura se sigui[...]
leg. qui in carcerem, que fue el [...]
esso darse la sentencia injusta[...]
sucessores del fiador, como [...]

12 Ademas, que la regla de[...]
& similium, se á de entend[...]
una de por si, y todas jun[...]
dos por aquel juizio, y e[...]
tiende que la sentencia i[...]

do era ausente,luego estando presente, como lo estuvo en nuestro caso le perjudicara como queda probado, y agora nuevamente lo pruebo evidentemente,ex text.in leg.emptor 8.C.de evict. alegada por cõcordante a la dicha l.si quis per imprudẽtiã,ibi: *Per iniuriã iudicis victus est absente authore vel fideiussore regressum aduersus eũ non habet.* Ergo haberet si presens esset vel author,vel fideiussor?

13 La segunda limitacion concuerda casi con la primera,scilicet quando non erat præsens, statim vero sententia lata lo reconvinó,y requirio con ella el comprador condenado,ut hic denuntiavit fideiussoris heredibus,ut ab illa appellarent, docet glos. verbo autorẽ in dict.leg si quis per imprudentiam;y es texto expresso q̃ abraça y cõprehende estas dos limitaciones la l. si procuratorẽ 8. §.2.si ignorãtes,ff mãdati ubi C. *Si hi qui pro te fideiusserant in maiorẽ quantitatem damnati quàm debiti ratio exigebat scientes, & prudentes auxilium appellaticnis omiserunt mandati agentibus his æquitate iudicis tueri te;igitur si ignorauerunt excusata ignorantia est, si scierunt incũbebat eis necessitas probandi.*

14 La tercera,porque esta sentencia injusta fue sin culpa del dicho comprador,y asi le deve perjudicar al fiador, y a sus sucessores;decidelo expressamente Paulo in leg.except.67. ff.de fideiuss. ubi *exceptione quæ tibi prodesse debebat usus iniuria iudicis damnatus nihil tibi præstabitur iure mandati quia iniuria quæ tibi facta est penes te manere quam ad alium transferri æquius est scilicet si culpa tua in iustæ damnationis causam præbuisti.* Que todas son excepciones,declaraciones, y limitaciones de la regla general,l.si quis per imprudentiã;y aunq̃

… exceptione se responde por la parte contraria,q̃ habla de

… de convencer la respuesta,y probar la similitud de

… n nuestro caso texto expresso in leg. 2. §. solet

… ction. vendit.donde el cõprador de la he

… édedor,si quid lucri ocasione hæredita

… no ni pagarle, quod indebitum so-

… rencia por razon dello, cõdenado

… e no devia, tunc sufficit, dize el

… *malo suo, etiam si maximè creditor*

… *e sententia mihi placet.* Y esta ter

… enemos presentes fovent ex

… blitiana in rem actione, A-

… 7. comũmente recebidos,

… de presumir injusta, pues

… mpcion,dicta leg. heren-

nius

nius,§.gaia,ff.de evict.ubi omnes. Anton.Gomecius q; to.2. variar.dicto cap.2.n.9.vers.secundus est. Ni aver culpa se presume de parte del comprador,argum.leg.quotiens,C.de probat.Mantica de coniectur.ult.volunt.lib.2.cap.12. En nuestro caso presente probare no aver lugar(quando todo lo dicho no bastase) la regla dela dicha ley si quis per imprudentiã,suponiendo q̃ el pacto y convẽcion de evicion etiam in casu iniustæ sententiæ, & per iniuriam latæ valet, como es oponian comunmente recebida de qua,Ang.cons.176 incipiente præmitendum est ad evidentiam quẽ sequitur,Gutierrez de iuramento confirmat. 1.parte cap 16. n.17.Ferrara in sua praxi in forma libelli in causa vẽdit.tit.37.glo. 15 promitens n.14.Guzman de evict.quæst.15.n.13. & Hermosilla ad dict. leg.32.tit.5.part.5.gloss 1.n.292.

16 Y en nuestro caso se ve expressamente hecho el dicho pacto, y renunciado el beneficio de la dicha ley si quis per imprudentiã, por estas palabras: *O si el dicho comprador, y sus successores enlas dichas casas, y tierras fueren despojados sin ser oydos, o en otra qualquier manera, le boluerémos de contado el dicho precio*, sunt enim verba aurea, *o en otra qualquier manera*; y que por las dichas palabras utcunq; sequatur evictio,aunque sea por la dicha injusticia del Iuez,le quede su derecho a salvo, y su accion de eviccion al comprador, lo tienẽ los mas de los arriba referidos, y expressamente haziendolo limitacion a la dicha l. si quis per imprudentiam ex alijs, Guzman de evict.quæst.40.n.15.Cui addo Abbatem,Parisium, & Nattam a Cavallino relatos,& sequutos in tractatu de evict.§.1.n.44. & in addit litera D.Gratian.tom.3.cap.549.a n.1. & Cacheran. decis. 48.num.fin.

TERCERA EXCEPCION.

17 ES la tercera excepcion,el dezir que como acabada y extinguida la principal obligacion,quoad venditorem,conviniendo los despojados a estos sucessores del fiador, no tẽgan accion que cederles contra el principal, in quem nullam actionem habent, exceptione cedendarum actionum repelli debere ex regul. text. in leg.stichum aut Pamphilũ 95.§.si creditor el 2.ff.de solut.& in l.si pupillus alterum,ff.de administr. tutorum. A cuya excepciõ es fuerça que satisfagamos,dando la verdadera declaracion y sentido a la dicha regla leg. stichum aut Pamphilum, & leg si pupillus alterum,entendiendola con sus distinciones, y subdistinciones,

nes, quas de mente jurisconsultorum evidẽter, ni fallor, comprobabo, ya que no aya autor que me pueda aver concedido alguna luz en ellas.

18 Y digo pues, que el acreedor que no tiene accion que ceder, quòd exceptione cedendarum posit repelli, se à de entender con distincion, nam aut ab initio cõtractus nullam actionem habuit, aut illam habuit, & postea amisit. Si desde el principio del contrato no tuvo acciõ ninguna el acreedor que pudiesse ceder, cierto es que por la excepcion cedendarum podra ser excluido. Mas si en el principio del contrato tenia accion contra el principal, y despues la perdio, aqui es necessaria hazer otra distinciõ, o la perdio por culpa, o por vicio suyo, & tunc dabitur talis exceptio; o la perdio no por culpa suya, mas por hecho, o voluntad suya, & tũc eodem modo officiet ei exceptio cedendarum actionum. O ni por culpa, ni vicio, ni hecho, ni voluntad suya la perdio, sino aliqua de contingenti causa illa fuit amissa, como es en nuestro caso, y entonces no ay excepcion que le obste al poder intentar su accion contra el fiador. Todo esto claramente constara si se repara con atencion a los textos que en este proposito son dignos de ponderacion.

19 Denos pues exemplo al primer caso, quando nullam actionũ ab ipso initio contractus habuit creditor quam cedere posset ut tunc except. cedendarum actionum repellatur el I. C. Papiniano in leg. si mulier contra Senatus cõs. 16. §. unic, ff. ad S. C. Velleianum ubi, *Si ab ea muliere quæ cõtra Senatus consultũ intercesisset fideiussorem accepissem Gaius Caius respondit, ita demum fideiussori exceptionem dãdam.* Y poco despues dá la razon: *quia totam obligationem Senatus improbat,* ac si dixisset, que entonces se dà al fiador la excepcion cedendarum, porque el S. C. improbò toda la obligacion, ibi: *Totam obligationẽ,* idest, *a principio obligationem improbat.* Ponderat que Cujac. sub lib. 9. quæst. Papin. tom. 5.

20 Que quando ab initio contractus, tuvo accion que pudiesse ceder, y despues la perdio culpa, vitio ve suo, que entonces tenga lugar esta excepcion cedendarum, pruevalo el mismo Papin. in leg stichum aut Pamphilũ 95. §. si creditori el 2. ff. de solut, ibi: *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit probe est ut actione mandati nihil a mandatore consequi posit,* additque rationem legis, *cum ipsius vitio acciderit ne mandatori posit actionibus cedere,* quid enim clarius potuit a I. C. demostrari? Vbi Cujac. sub lib. 28. quæst. Papin. *vitio acciderit,* ut plus petendo re, vel tempore argument. l. titio cẽtum, §. ult.

§.ult.ff.de condit.& demonstr.Brisonius vero *vitio acciderit* ut cũ olim qui in syllaba actionis errabat cadebat a lite: de quo late Pichard inpr.inst.de action. Prosigue pues declarando esta sentencia Cujac.*Liberabor*,dize, *& te repellam exceptione, quod non possis a me exigere quid quam ex contractu mandati nisi mihi cedas actionem aduersus debitorem, & vitio tuo factum est ut non possis mandare.*

21 Quando vero ab actione cecidit vel causa,facto ve, suo ut idẽ sit est exemplum in leg.si pupillus alterum 45.ff.de admin.tut.dõde como un pupillo Pubes iam factus tuviesse dos tutores obligados por una cosa,que por negligencia dellos se perdio,librando al uno de la obligacion,*improbe*,dize el I.C.Paulo,*alterum illius nomine conabitur interpellare*,porque aunque es verdad que alter pro altero erat obligatus, cui deberet cedi a pupillo actio si pro illo solvisset,leg.ex pluribus,ff.de admin.tut leg.6.C.eodem, como por hecho suyo,y voluntad perdiesse la acciõ,ita ut,que no la podia ya ceder, sibi imputet,nam exceptione cedendarum actionũ repelletur quod etiam ibi notat eleganter Cujac.sub lib.4.quæst. Pauli.

22 Pero si ni por culpa,o hecho del acreedor se perdio la accion, ita ut illam cedere non posit,como es en el caso presente, aunq̃ por la rescision dela venta no tenga el comprador accion que ceder contra el principal, como en este caso no tuvo culpa,ni intervino hecho,o voluntad suya, nil mirum quod exceptione cedendarum actionum repelli non posit textus est expressus in dict. leg.stichum aut Pamphilum 95.dict.§.si creditor, cum dicat nihil à fideiussore consequi posse creditorem, & addat rationem, *cum*,idest quia,*ipsius vitio acciderit ut nõ posit mandatori actionibus cedere.*Ergo si accideret;y no por vicio,culpa, o hecho suyo perdiesse la accion adhuc posset consequi a mandatore, vel fideiussore, quamvis illi cedere actionem non posset, sine timore exceptionis cedendarum.

23 Es texto tambien no menos expresso,el de la ley & si is quem C.de prædijs minor,donde como bienes raizes del menor, no se puedan enagenar por el tutor sine iudicis decreto, ut toto illo titulo,& ad eum Cujac. tom.3. si tutor vendit sine illo decreto rescinditur cõtractus,fideiussoris vero obligatio remanet;erat enim actio orta ex venditione defecit ex rescisione, sic que sine facto,culpa que creditoris, unde exceptione tali non repellitur.

24 Es texto no menos celebre enla ley Marcellus 25.ff.de fideiussor;donde hecha una venta por un menor,y dado fiador,restitu-

C yesse

yesse el menor contra la venta, y asi ya no tuvo accion contra el comprador, sed adhuc habuit actionem cõtra el fiador que quedò obligado, sin que se pudiesse valer de la dicha excepcion; cuya razon deduzgo, porque si el comprador perdio la accion que devia ceder, fue sin culpa, y sin voluntad suya, y asi no le pudo obstar la excepcion de no tener accion que ceder contra el principal.

QVARTA EXCEPCION.

25 LA ultima excepcion, en que se haze mayor fuerça por parte de los reos, es dezir, que acabada, y extinguida la obligacion del principal, se vè de la misma suerte acabada, y extinguida la de el fiador, como acessoria, ex reg. leg græce, §. nihil commune, ff. de fideiussor. leg. item si cum exceptione, §. labeo, leg. illud, §. metu, ff. quod metus causa, cum similibus. A cuyo principio jamas se à pretendido por parte de don Andres de Vega, y don Francisco Ponce de Leõ, negar: mas adhuc es cierto no les obsta, porque no estamos en caso de la general regla destos textos; sino en caso especial dellos, por quanto aqui los fiadores se obligaron como principales, y asi son correos, y se dan dos obligaciones, en quienes no haze al caso que una estè acabada para que se entienda consiguientemente fenecer la otra. Son pues las palabras de la obligacion: *Nos obligamos todos quatro como fiadores, e principales pagadores, e cada uno por el todo in solidum.* Y en otra parte: *E como sus fiadores, e principales pagadores les vendemos.* Y en otra parte: *Como principales, y haziendo de deuda agena propria.*

26 Sed adhuc, no le falta que replicar a la otra parte, que quiere afirmar por cierto, que no obstantes estas clausulas, extinguida y acabada la principal obligacion, se extingue, y acaba la fideiussoria, ex doctrina Laurentij de Pino consf. 71. n. 2. 3. & 4. Parisij consf. 110. n. 75. & 76. vol. 1. Bald. in leg. si prædium nu. 5. C. de iure dot. Cephali consf. 457. n. 15. & seq. lib. 3. Abbatis in cap. pervenit n. 6. de fideiuss. Menchaca lib. 1. controversf. cap. 33. n. 9. y mas latamente Sforcia consf. 41. per totum.

27 Tribuique prætenditur pro hac parte ratio. Nam si fideiussor talis cõveniretur infecta principali obligatione, sequeretur quod regressum contra principalem haberet si pro eo solvisset ex reg. cap. 2. de fideiussor. & ex traditis a Marsillis in rubr. de fideiussor, n. 315. De donde se pondera, nace el pricipio, que todas las vezes que convenido el fiador pudiera reconvenir al principal, acabada,

da,y extinguida la principal obligacion se acaba,y extingue la de el fiador,leg.sed & si pater,§.non solum,ff.ad Maced.leg.Marcellus 25 & ibi Bart. Bald.& Angel.ff de fideiussor.Crotus cons.135. n.89.lib. 1. Porque sino fuera tambien nula la obligacion del fiador, y no se entendiesse por el mismo caso acabada daretur recursus in principalem,& ille astringi in efectu potuisset ac si obligatio valida esset, & sic lex circunveniretur, argum.textus in leg. si quis reum, ff.de liberat. legata leg. quod dictum, ff.de pactis, & illorum quæ traddit Donell. lib.21.comment.cap.12.vers.de parentibus in medio.

28 No obstance todo lo qual;es doctrina comunmente recebida, y mas fundada en razon y derecho, que quando el fiador se obligó como principal,como lo hizo en nuestro caso, adhuc extincta obligatione principali,queda en su vigor, y fuerça la de el fiador, como en terminos propios al caso nuestro presente late docent,tenet,& defendunt Cynus in auth.præsenre,C.de fideiussor. Barbacia in leg.5.§.satis acceptio vers.item fallitur,ff.de verb. oblig.Bald.in leg.in personam,§.1.ff.de pactis.Idem Bald in leg. antiquæ,§.1.C.ad Senatus C,Velleianum.Idem Bald.in leg.1.ff. de fideiussor.Philipus Decius in leg.fin.nu.27. ff. si certum petat. Alex. in addit ad Batt. in leg.Marcellus 25. ff. de fideiussor.Idem Bart.in leg.si quis pro eo q.8 ff. eod. Stephanus Aufredus decis. 196.Dueñas reg.335.limitat.5.& 18. Hercules Mariscotus lib.2. variarum cap.65.n.7.Iasso.cons.58.n 3. & Marcus Anton. Natta in addit ad illum. Rodericus Suarez in repet.leg post rem in declaratione legis regiæ in 1. q.incipiẽte vissum est quem sequitur Baeça de inope debitore cap.3.n.9.Alex.cons.32.lib.4.& cons.29 n.36.lib.7. Curtius Senior cons.6.n.3. Parisius cons.100. nu 110. & sequentibus lib. 2. Tiberius Decianus cons.72. col 2. n.5.Cuius verba ad propositum ut erudita ab omnibus laudantur,& eodem modo Cardinalis Tuschi litera E.cõclus.298.n.2.& Gratiani disceptat.122.n.10.que son muy dignos de ver en este caso, tenent etiam Riminaldus Iunior cons.454.n.17.lib.4.Gregor.Lop. in leg.57.gloss.1.tit.18.part.3.& in leg.9.gloss.1.tit.12.part.5.Ioan. Gutierrez de iurament.confirm.1.part.cap.23.n.8.novissime Felicianus de censibus lib.3.cap.3 n. 3.

29 Todos los quales,o los mas dellos interpretan,entienden,y declaran los Doctores,que por la contraria referimos en caso quãdo el fiador se obligó como principal en otra escritura, no quando en una escritura todos se obligaron,como fue en nuestro caso

so presente, interpretando ansi mesmo, y entendiendo en este sentido a la glossa enla dicha Auth. presente Cod. de fideiussor. Y bié mirado Esforcia, que es el que parecia ser a nuestra doctrina mas contrario aun viene a reduzirse a esta sentencia en el nu. 70.

30 Pruevase tambien esta parte con una infalible razon que en nuestro caso quando Luis de Escobar comprador, de quien fueron sucessores los dichos don Andres de Vega, y don Francisco Ponce en estos bienes, pidio que para que comprasse estos bienes se le avian de dar bastantes y idoneos fiadores, fue acautelandose, para quedar seguro, maxime en caso que se dixesse contra la dicha venta, y asi se declarò en la escritura: *Ni se ira, ni vendra contra ello por ninguna causa, ni razon, aunque se alegue y diga que con otorgarlo redimian la vexacion, e molestia de su prision.* Por las quales palabras aun se induxo de tal calidad la obligacion que adhuc extincta obligatione principali, aunque no se uvieran obligado como principales, por solo esto quedavan obligados. Pruevalo expressamente el Consulto in leg. in causa 13. ff. de minor, ibi: *Itaque si cũ scirem minorem, & ei fidem non haberem tu fideiussoris pro eo, non est æquum necem meam fideiussori subueniri. Sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* Favetque eodem modo textus in leg. Marcellus 25. ff. de fideiussor. ubi omnes. Siendo asi, que si aliás interviniesse el fiador àl contrato del menor, simplemente, y no a cautela del que lo pidio para assegurarse, restitutio minoris fideiussori prodesset leg. 3 §. sed utrum, ff. de minor. leg. si minor 51. ff. de procurat. Y asi en terminos a nuestro caso por la dicha cautela que tuvo el comprador, adhuc, que no se obligassen los fiadores como principales, que quedaron obligados, etiam infecta, & annullata obligatione principali ex leg. cum quis 38. §. si quis pro ea, ff. de solut. tenet, & docet Dom. Martin de Larreatigui lib. 1. select. cap. 3. n. 11.

31 Mas no obstante lo infalible de esta verdad, porque aun dexemos limpia de qualquier escrupulo la opiniõ, y doctrina que por obligarse aqui como principales, fueron dos obligaciones, y los dichos no propiamente fiadores, sino correos, me detendre un poco en apoyarla mas, y satisfazer a lo que contra ella se impugna, diziendo que son palabras que usan poner los escrivanos, y q̃ no muestran obligarse como correos. Impugnò pues esta replica de muchos modos, y lo primero con aquellas palabras: *E todos quatro de mancomun con los dichos principales*, ajustandolas a la sentencia y palabras de Hypolito in repetit. rubr. de fideiussor. n. 72. que retulit Dueñas dicta reg. 335. *Fideiussor quando simul cum principali esset*

esset obligatus, quod hispane dicitur de mancomun, principalis est.

32 Impugno Secundo; el fiador no puede ser convenido antes que se haga excusion en el principal ut est notissima reg. ex leg. 3 §. fin. ff. de duobus reis. leg. iure nostro, C. de fideiussor. & late tradit Anton. Gom. tom. 2. variar. cap 13 n. 14. Mas quando el fiador se obligò como principal, no es necessaria la tal excusion, ut indubitati iuris traddunt Alex. cons. 32. lib. 4. & Greg. Lop. in leg. 9. glos. 2 tit. 12 part. 5. Ergo quia correus est? Impugno lo tercero; el fiador usa de todas las excepciones y derechos que el principal ex leg. coustitutionibus ubi omnes, Cod. de usuris, & ex traditis à Guzman de evict. q. 10 n. 35. lib. 3. Mas si el fiador se obligò como principal nihil ei prossunt iura principalis, Asinius de execution. cap. 72. vers. secundo limitatur Antonius Monachus, decis. Florentina 49. n. 4. Ergo quia correus dicitur?

33 Lo quarto; porque si aquellas palabras, *de mancomun con los principales deudores, y todos quatro in solidum, y haziendo de deũda agena propria*, no significaran la obligacion de los fiadores ser principales, y assi quedar ellos correos, fueran superfluas en la escritura y obligacion, in qua nullum verbum debet esse absque virtute aliquid operandi ex reg. leg. si quando, ff. de legatis, 2. Hizose assimesmo esta impugnacion, Esforcia en el referido consejo 41. en el n. 8. donde pretende responder a ella, y se pretende del mismo modo por la parte contraria, diziendo que fueron puestas para renũciar el beneficio de la excucion. A cuya respuesta aun de tres maneras se replica, Esforcia, mas illis omissis, en nuestro caso mas evidentemente la concluyò, pues antes estava ya aqui en la escritura renunciada la excusion, ibi. *Y renunciado el beneficio de la excusiõ, division*, &c. y assi no podian estar significando loque ya estava significado, sino ad aliquid amplius demonstrandũ, que era la obligacion de correos.

34 Lo quinto; anulada y acabada la obligacion contra el principal, entonces se entiende acabada y estinguida la del fiador, quando no solamente la obligacion civil en quanto al principal estava acabada y estinguida, sino tambien la natural, leg. si debitori 47. ff. de fideiussor. ubi Cujac. sub lib. 9. quęst. Papin. tom. 4. P. Thom. Sanchez de matrim. lib. 6. disput. 38. n. 21. Mas aqui aunque por la rescision del contrato se acabò la obligacion civil en quanto a el Anton Diaz del Pino, no la natural que quedò en pie por el dinero que avia recebido, cum nemo locupletari cum aliena iactura debeat leg. nam hoc natura 14. leg. hæc conditio 66. ff. de con-

D dit.

so presente, interpretando ansi mesmo, y entendiendo en este sen tido a la glossa enla dicha Auth. presente Cod. de fideiussor. Y bié mirado Esforcia, que es el que parecia ser a nuestra doctrina mas contrario aun viene a reduzirse a esta sentencia en el nu. 70.

30 Pruevase tambien esta parte con una infalible razon que en nuestro caso quando Luis de Escobar comprador, de quien fueron sucessores los dichos don Andres de Vega, y don Francisco Ponce en estos bienes, pidio que para que comprasse estos bienes se le avian de dar bastantes y idoneos fiadores, fue acautelandose, para quedar seguro, maxime en caso que se dixesse contra la dicha venta, y asi se declarò en la escritura: *Ni se ira, ni vendra contra ello por ninguna causa, ni razon, aunque se alegue y diga que con otorgarlo redimian la vexacion, e molestia de su prision.* Por las quales palabras aun se induxo de tal calidad la obligacion que adhuc extincta obligatione principali, aunque no se uvieran obligado como principales, por solo esto quedavan obligados. Pruevalo expressamente el Consulto in leg. in causa 13. ff. de minor, ibi: *Itaque si cũ scirem minorem, & eisdem non haberem tu fideiussoris pro eo, non est aequũ in necem meam fideiussori subueniri. Sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.* Favetque eodem modo textus in leg. Marcellus 25. ff. de fideiussor. ubi omnes. Siendo asi, que si aliás interviniesse el fiador àl contrato del menor, simplemente, y no a cautela del que lo pidio para assegurarse, restitutio minoris fideiussori prodesset leg. 3 §. sed utrum, ff. de minor. leg. si minor 51 ff. de procurat. Y asi en terminos a nuestro caso por la dicha cautela que tuvo el comprador, adhuc, que no se obligassen los fiadores como principales, que quedaron obligados, etiam infecta, & annullata obligatione principali ex leg. cum quis 38. §. si quis pro ea, ff. de solut. tenet, & docet Dom. Martin de Larreatigui lib. 1. select. cap 3. n. 11.

31 Mas no obstante lo infalible de esta verdad, porque aùn dexemos limpia de qualquier escrupulo la opiniõ, y doctrina que por obligarse aqui como principales, fueron dos obligaciones, y los dichos no propiamente fiadores, sino correos, me detendre un poco en apoyarla mas, y satisfazer a lo que contra ella se impugna, diziendo que son palabras que usan poner los escrivanos, y q̃ no muestran obligarse como correos. Impugnò pues esta replica de muchos modos, y lo primero con aquellas palabras: *E todos quatro de mancomun con los dichos principales*, ajustandolas a la sentencia y palabras de Hypolito in repetit. rubr. de fideiussor. n. 72. quę retulit Dueñas dicta reg. 335. *Fideiussor quando simul cum principali*

esset

esset obligatus, quod hispane dicitur de mancomũn, principalis est.

32 Impugno Secundo; el fiador no puede ser convenido antes que se haga excusion en el principal ut est notissima reg. ex leg. 3 §. fin. ff. de duobus reis. leg. iure nostro, C. de fideiussor. & late tradit Anton. Gom. tom. 2. variar. cap 13 n. 14. Mas quando el fiador se obligò como principal, no es necessaria la tal excusion, ut indubitati iuris traddunt Alex. cons. 32. lib. 4. & Greg. Lop. in leg. 9. glos. 2. tit. 12. part. 5. Ergo quia correus est? Impugno lo tercero; el fiador usa de todas las excepciones y derechos que el principal ex leg. constitutionibus ubi omnes, Cod. de usuris, & ex traditis à Guzman de evict. q. 10 n. 35. lib. 3. Mas si el fiador se obligò como principal nihil ei prossunt iura principalis, Asinius de execution. cap. 72. vers. secundo limitatur Antonius Monachus, decis. Florentina 49. n. 4. Ergo quia correus dicitur?

33 Lo quarto; porque si aquellas palabras, *de mancomun con los principales deudores, y todos quatro in solidum, y haziendo de deũda agena propria*, no significaran la obligacion de los fiadores ser principales, y assi quedar ellos correos, fueran superfluas en la escritura y obligacion, in qua nullum verbum debet esse absque virtute aliquid operandi ex reg. leg. si quando, ff. de legatis, 2. Hizose assimesmo esta impugnacion, Esforcia en el referido consejo 41. en el n. 8. donde pretende responder a ella, y se pretende del mismo modo por la parte contraria, diziendo que fueron puestas para renũciar el beneficio de la excucion. A cuya respuesta aun de tres maneras se replica, Esforcia, mas illis omissis, en nuestro caso mas evidentemente la concluyò, pues antes estava ya aqui en la escritura renunciada la excusion, ibi. *Y renunciado el beneficio de la excusiõ, division*, &c. y assi no podian estar significando lo que ya estava significado, sino ad aliquid amplius demonstrandũ, que era la obligacion de correos.

34 Lo quinto; anulada y acabada la obligacion contra el principal, entonces se entiende acabada y estinguida la del fiador, quando no solamente la obligacion civil en quanto al principal estava acabada y estinguida, sino tambien la natural, leg. si debitori 47. ff. de fideiussor. ubi Cujac. sub lib. 9. quęst. Papin. tom. 4. P. Thom. Sanchez de matrim. lib. 6. disput. 38. n. 21. Mas aqui aunque por la rescision del contrato se acabò la obligacion civil en quanto a el Anton Diaz del Pino, no la natural que quedò en pie por el dinero que avia recebido, cum nemo locupletari cum aliena iactura debeat leg. nam hoc natura 14. leg. hæc conditio 66. ff. de con-

dit.indebiti, luego adhuc, quedò la obligacion en pie del fiador, y no porque se acabasse la principal se acabò la suya.

35 Lo ultimo, pondero lo mismo que contra esta parte se pretende ponderar por la contraria, scilicet, que en la sentencia del Consejo supremo de la Cruzada no solo se dio por nula la escritura principal, sino tambien todo aquello que uvo en ella, y clausulas preambulas a la principal obligacion Porque en la dicha sentencia solamente se dio por de ningun efeto la venta hecha por los Colectores de la santa Cruzada, y todo lo actuado y processado a cerca dellas: no empero se anulò, o rescindio la obligacion delos fiadores, pues antes argumento a contrario sensu quod fortissimum est in iure argum. capit. cum apostolica, §. pen. de his quæ fiunt a prælatis & similium, se ve que de nuevo por el mismo caso que revocò lo que por intervencion de los Colectores se hizo, aprobò lo que se hizo sin intervenir ellos, como fue el dar fiadores. Y todo lo que juntamente con la venta anularon, no fueron las clausulas della, sino lo actuado, y processado por ellos; pregones y remates para ello. Son pues las palabras: *Y la venta que dello se hizo, y todo lo actuado, processado, y executado en razon dello por los dichos subdelegados, lo rebocaua y rebocò, daua, y dio por de ningun valor y efeto.*

CONCLVSION DE TODO.

36 POr todo lo dicho se manifiesta y conoce la evidente, clara, y cierta justicia de los dichos despojados, y no aver excepcion ninguna que pueda impedir la accion q̃ contra dõ Alonso de Figueroa, como marido y conjunta persona de doña Ana Gallegos de Herrera, y contra don Nicolas Gallegos de Herrera, como hijos y herederos del Contador Bartolome Gallegos de Herrera, fiador enla venta de los bienes de que los dichos mis partes an sido despojados tienen, e intentan. Y mas se conocera si se atiende, que muchas de las cosas que a mayor abũdamiento de la justicia de nuestra parte avemos concedido, son falsas, pues avemos supuesto que la sentencia fuesse injusta, porque a los sucessores del comprador no se les mãdò restituir el precio que por dichos bienes avian dado, cõ mas los daños, e intereses. Supusimos tãbien de aqui, q̃ la principal obligaciõ se acabò, y consiguientemente q̃ parecia se devio acabar y extinguir la segũda del fiador. Y supusimos, que no teniendo aqui accion que ceder, parecia estar el caso de la parte de la excepcion cedendarum. A cuyos presupues-

tos(aun confessandolos a favor dela contraria parte)avemos satis fecho bastantemente, ita ut, a mi juzgar no aya quedado la mas pequeña luz a la duda desta justicia: que mas evidente constara, si se repara como tengo dicho, que aun todos estos supuestos no son verdaderos.

37 Pues la sentencia pronunciada por el supremo Consejo de la Cruzada, no quiso dar por libre, ni dio a el Anton Diaz del Pino ni a sus herederos, del dinero y precio que por dichos bienes avia recebido, ni le declarò por libre desta obligacion, solamente deshizo y anulò la venta como meticulosa, que por redimirse de la vejacion de la carcel avia hecho: mas en el dinero que avia recebido con sus intereses, fue caso omitido, que fue dexar el derecho a salvo, como devio dexar al dicho Luys de Escobar comprador, y a sus sucessores, por el precio que avian dado por dichos bienes contra el dicho Anton Diaz del Pino, sus sucessores, y fiadores. Casus enim omissus in iuris communis dispositione remanet ex reg. iuris certissima, de qua in leg. commodissime, ff. de liber. & posth. ubi fere omnes Doctores. Y que esto proceda en la sentencia del Iuez que omitio algũ caso como el nuestro presente, probant textus in leg. solemus, §. ult. ff. de iudicijs in leg. si de propriétate 3. C. si a non competente iudice, in cap. susceptum de rescriptis in 6. Ex quibus iuribus, & Baldo cons. 60. sicut proponitur lib. 3. tenet ad nostrum propositum Tiraquellus de primogenijs, q. 40. n. 194. vers. trigesimus quintus casus.

38 Y si por derecho anulandose, y deshaziendose el contrato por dezirse meticuloso, todas las cosas se reponen al estado que antes tenian, como se alega de parte contraria ex reg. textus in leg. metus 9. §. ex hoc edicto, ff. quod metus causa, esse primer estado es, que agora por el dicho precio, daños, e intereses el dicho Anton Diaz del Pino, sus herederos, y fiadores sean deudores a los sucessores del dicho comprador Luys de Escobar; cuyo derecho no perjudica, impide, o quita la dicha sentencia del Consejo supremo de la Cruzada, pues dexò su derecho a salvo al comprador contra el dicho Anton Diaz del Pino, y sus fiadores; que como estos se obligassen como principales (como queda probado) y assi sean correos con el vendedor, los actores don Andres de Vega, y don Francisco Ponce de Leon, sucessores en los dichos bienes al comprador, y despojados dellos pidenles el precio, e intereses, y executanlos por ellos, conviniendoles no como a fiadores, sino como a correos, obligados insolidum que como a cada uno, o

ya a

ya a el Anton Diaz del Pino vendedor, y sus herederos, o ya al dicho Bartolome Gallegos de Herrera fiador, como principal, y a sus herederos, puedan convenir por el dicho precio, e intereses, por agora an tenido por mas bien, convenir y executar por ello a los dichos herederos de Bartolome Gallegos de Herrera con los demas fiadores que an sido executados, y no an salido a la defensa, y a cada uno dellos insolidum, ex reg. textus in leg. reos 11. §. cum tabulis, ff. de duobus reis cum vulgatis, & ex traditis a Rolando cõs. 69 n. 39. vol. 3. Tiraquello de retractu linagier. §. 31. glos. unic. n. 3. & Hermosilla ad dictã leg 32. tit. 5. part. 5. glos. 1. n. 55.

39 Y assi por todas las dichas razones se deduce, e infiere quedar clara y evidente la justicia de los dichos don Andres de Vega, y don Francisco Ponce de Leon en la via executiva que pretenden contra los dichos hijos, y herederos del Contador Bartolome Gallegos de Herrera, y que se deve rebocar la sentencia de vista, en que por agora se les negò la execucion, y se deva confirmar la sentencia del Teniente don Francisco Ortiz de Navarrete, en q̃ mandò hazer remate por los quarenta y cinco mil ciento y quarenta reales de vellon, cuyo mandamiento de execucion està cõfirmado por los señores de la Real Audiencia en vista y revista; y a la sentencia de remate se pronunciò la de negacion por agora de la via executiva, que se pretende se revoque; loqual esperamos assi se aya de pronunciar. Salva in omnibus, &c.

El Lic. don Iuan Adam Malo.